

# IS DE BALIE BETER (AF) ZONDER BEROEPSETHIEK?

## Van ethische codes en commercie naar professioneel karakter en cohesie

Hendrik Kaptein

### 1. Inleiding: het eeuwig tekort

Gedachtewisselingen over juridische beroepsethiek verlopen nogal eens volgens een vast patroon. Academici putten zich uit in geleerde uiteenzettingen over zin of zelfs noodzaak van (enige) ethiek in het rechtsbedrijf. Praktijkjuristen luisteren geduldig, stellen een enkele keer vragen, uiten twijfels over het praktisch gehalte van geleerde bijdragen en na afloop gaat een ieder zijns weegs. Tenminste, als bijeenkomsten over beroepsethiek al worden bezocht door "de buitenwacht", die toch het eigenlijke werk doet.

Zelfs kan de vraag worden gesteld óf beroepsethiek wel een normatieve bijdrage kan leveren aan het rechtsbedrijf. Wie zijn die academici dat zij menen het beter te weten? Hoe algemeen geldig zijn hun normen en waarden? Weten zij eigenlijk wel waarover zij het hebben als zij het rechtsbedrijf de maat nemen? "D'abord faire métier de pénitent pour pouvoir finir en juge."<sup>1</sup> Al zijn rechtstheoretici nog geen rechters en kunnen advocaten niet in elk opzicht worden vergeleken met boeven.

De buitenwacht, van gewone burgers tot grote ondernemers, heeft minder moeite met die criminele vergelijking. Advocaten worden te duur gevonden en zouden alleen oog hebben voor hun eigen commercie. Rijken zouden met hulp van beter betaalde advocaten hun rechten en al dan niet rechtmatige belangen beter kunnen verwerklijken dan mensen met minder geld. Bovendien is voor rijke én arme cliënten niet altijd na te gaan of advocaten wel doen waarvoor zij worden ingehuurd.

Opvallend in dergelijke discussies is de praktisch volledige afwezigheid van beroep op zin en doel van advocatuur ('de balie'), of nog simpeler: van de vraag wat advocatuur eigenlijk is. Vraag aan een zaal vol advocaten wat zij eigenlijk doen en er komen antwoorden in de trant van: juridisch adviseren, procederen, faillissementen begeleiden en nog wat van die dingen meer. Zelfs medici doen het meestal beter: onomstreden zin en doel van hun vak is bevordering van volksgezondheid, hoeveel verschil van mening over marges daarvan er ook is.

Advocaten en juristen hebben hier wél een eigen uitvlucht. 'Filosoferen' over aard, zin en doel van advocatuur voegt voor de praktijk niets toe, zo wordt gesteld. Zolang advocaten zich houden aan regels van (tucht)recht, zou er verder niets aan de hand zijn. Overblijvende speelruimten zou iedereen zelf maar moeten invullen. Sommige advocaten rekken die speelruimten ook buiten de regels op, zolang pakkansen niet al te groot zijn. Iedereen weet dat het niet mag, maar het zou toch niet echt te voorkomen zijn.

Hier zal worden uitgelegd dat die uitvlucht ten gronde drogredelijk is. Alleen al casuïstiek - overigens in te veel academische bijdragen aan

beroepsethiek opvallend afwezig - laat zien dat het recht, hoe goed ook ingericht, aan wangedrag van advocaten onvoldoende grenzen stelt (§ 2). Ook tuchtrecht kan in die leemte niet voorzien (§ 3). Tuchtrecht verwijst naar ethiek, bijvoorbeeld als het gaat om "wat een behoorlijk advocaat betaamt". Maar ook ethiek schiet te kort. Is er wel een objectieve of tenminste algemeen geldige ethiek en zo ja, zou die werkelijk invloed hebben op het gedrag van advocaten? (§ 4). Eerst moet duidelijk worden wat advocatuur eigenlijk is, ofwel wat zin en doel zijn van advocatuur, als dat al eenduidig kan worden vastgesteld. Inzicht in de eigen en bijzondere bijdrage aan de rechtspleging en daarmee aan de samenleving kan wel bijdragen aan kwaliteit van dienstverlening en beroepseer (§ 5). Of is een dergelijke opvatting te sterk geënt op het ideaal dat wie gelijk heeft, dat ook behoort te krijgen, in plaats van op conflictbeslechting, nog afgezien van andere problemen (§ 6)? Tot slot: theorie en praktijk moeten zich minder bezig houden met ethische theorie en meer met zin en doel van de advocatuur en vergelijkbare ambten en beroepen.

## *2. De werkelijkheid van casuïstiek: recht is echt niet genoeg*

Om te beginnen moet uit de weg worden geruimd het gangbare misverstand dat advocaten en andere juristen beroepsethisch beschouwd genoeg hebben aan recht. Ofwel: als iedereen binnen de perken van geldende rechtsregels zou blijven, hoe onvolmaakt ook, dan zouden hooguit marginale problemen van beroepsethiek overblijven. Niets is minder waar, naar zelfs eenvoudige en gangbare casus uit de advocatenpraktijk duidelijk maken.

A. Een rechtzoekende (of iemand die er voor door wil gaan) wendt zich tot een advocaat, met het volgende verhaal. "Ik heb een vriend geld gegeven en om gedoe met de belasting te voorkomen hebben we er op zijn verzoek op papier een lening van gemaakt. Ik wil mijn geld terug maar hij komt niet over de brug." De advocaat denkt: juist, een schijnhandeling dus, alles wijst op een schenking ten ongunste van de fiscus. Hij zegt tegen de cliënt: "Op grond van mijn professionele geheimhoudingsplicht houd ik mijn mond, dus kunt u mij wel vertellen wat hier echt aan de hand is." De klant draait er wat omheen, hoe dan ook wordt niet duidelijk wat de twee "vrienden" echt hebben afgesproken. Het zou toch wel eens kunnen dat het echt een schenking is. Moet deze klant niet beter worden weggestuurd? Maar goed, handel is handel, van te veel vroomheid kan de kachel niet roken, er zijn genoeg andere advocaten die het zaakje zonder meer aanpakken en bovendien: is het niet de rechter die moet uitspreken wat hier feiten en recht zijn?

De 'schuldenaar' beweert dat het een schenking was, inderdaad fiscaal afgedekt door de schijnhandeling van de geldlening, en wil dan ook niet betalen. Er komt een zaak van en zaken hebben nu eenmaal fatale termijnen.<sup>2</sup> Die komen minder vaak voor dan eertijds, al is in de verdere vereenvoudiging van de burgerlijke rechtsvordering nog een lange weg te gaan. Ook fatale termijnen hebben de neiging te worden overschreden en dat gebeurt dan ook: al dan niet op grond van mededeling van de griffie komt advocaat van eiser er achter dat de advocaat van verweerder te laat dreigt te komen. Gevolg daarvan zou zijn niet-

ontvankelijkheid van verweerder, met alle gevolgen van dien. De 'schuldenaar' moet alles betalen, zonder dat daartoe materiële gronden trekken.

De hoofdvraag hier is: moet de advocaat van eiser de advocaat van verweerder waarschuwen of niet? Als hij niet waarschuwt, krijgt zijn cliënt zijn (?) geld. Als hij wél belt, kan de rechter alsnog bepalen wie gelijk heeft. Niet bellen dient de eigen cliënt. Wél bellen kan er voor zorgen dat wie gelijk heeft, dat ook krijgt, bijvoorbeeld doordat een niet al te lijdelijke rechter betrokken partijen aan de tand voelt over de feiten.

Nu zou het mooi zijn als advocaten ergens konden opzoeken wat zij in deze en dergelijke gevallen moeten doen. Er kan immers heel wat op het spel staan. Maar niet alleen deze casus laat zien dat een positiefrechtelijk antwoord nergens is te vinden. Dat zou ook niet kunnen, want zelfs een poging tot uitputtende regeling van dit soort beroepsdilemma's (misschien zelfs beroepsethische dilemma's) zou leiden tot onhanteerbaar onafzienbare hoeveelheden regelingen. In casu zou kunnen worden gedacht aan artikel 3 Advocatenwet ("geen zaken aanraden of verdedigen die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn"), artikel 46 AW (zorg voor de eigen cliënt, zich gedragen "zoals een behoorlijk advocaat betaamt") en de Gedragsregels, die nog iets doen blijken van confraterniteit (advocaten worden geacht elkaar bij te staan of tenminste niet zonder meer in de steek te laten).<sup>3</sup> Voor zover die voorschriften hoe dan ook al duidelijk zijn, wijzen zij in verschillende richtingen. Recht is hier niet genoeg, tenzij de uitkomst van deze en dergelijke zaken niet uitmaakt. Dat is ook niet aannemelijk, tenminste, zolang het rechtsbedrijf iets te maken moet hebben met het beginsel dat wie gelijk heeft dat ook moet krijgen.<sup>4</sup>

B. Wie in eerste aanleg verliest, wil nogal eens hogerop om alsnog zijn gelijk (?) te halen. Advocaten doen daaraan graag mee, tenminste, zolang het geld in het laatje brengt. Dus worden ook in redelijk kansloze zaken grote hoeveelheden papier geproduceerd. Daaraan al dan niet werkelijk bestede uren kunnen immers bij de cliënt in rekening worden gebracht. Mag dat? Misschien komt het in strijd met cliëntenbelangen die advocaten worden geacht te behartigen (artikel 46 AW c.a.). Die cliënten betalen immers nogal eens veel geld voor niets en zijn tenminste in die zin slachtoffer van vroom bedrog, of eigenlijk gewoon oplichting. Maar advocaten zullen zeggen: het is juist mijn kerntaak om cliëntenbelangen tot het uiterste te verdedigen, desnoods tot en met de Hoge Raad! Bovendien: als de klant niet wil, doe ik niets. Dergelijke advocaten vergeten in ieder geval dat nogal wat klanten geen eigen oordeel kunnen hebben over de juridische merites van hun zaken. - De rechterlijke macht klaagt over deze en dergelijke constipatie van appel en cassatie maar kan er weinig tot niets aan doen. De vrije toegang tot de rechter is immers heilig, ook voor advocaten die er ten koste van cliënten goed geld aan verdienen.

C. Advocaten worden ook ingehuurd om te adviseren en om contracten op te stellen. Ergens in het Verre Oosten wordt tropisch regenwoud ontbost en de daarvoor verantwoordelijke firma wil een dichtgetimmerd contract met een vervoerder die het hout met vrachtauto's naar de kust brengt. De concurrentie is zodanig dat in ieder geval de goedkoopste (en mede daarom 'beste') aanbieder werkt met rijtijden voor chauffeurs die zo gevaarlijk zijn dat die hoe dan ook doden en gewonden opleveren. Maar plaatselijk is dat niet verboden. Als de

advocaat niet meewerkt, is hij de klus kwijt en maakt een ander het dodelijke karweitje af. RIP? Ook hier geldt: *lawful but awful*.<sup>5</sup>

Dit zijn niet meer dan snippers uit een rijke schakering van casuïstiek. Bovendien moet niet worden vergeten dat de meeste advocaten zich beroepsmatig doorgaans fatsoenlijk gedragen. Anders was er geen redelijk goed functionerende advocatuur. Een minderheid begeeft zich nog voorbij commercie op regelrecht criminele paden, in samenspanning met geld witwassende cliënten en erger. Hier gaat het om het gegeven dat rechtsregels ruimte laten voor doen en laten door advocaten (en andere juristen) dat 'ethisch', 'moreel' of gewoon menselijk niet aanvaardbaar lijkt. Tenminste procesrechtelijk is nogal wat mogelijk dat leidt tot materieelrechtelijk onaanvaardbare resultaten (zie bijvoorbeeld de eerste twee casus). Procesrecht is nu eenmaal geen *perfect procedural justice* die altijd leidt tot de inhoudelijk juiste uitkomst (zie daarover Rawls, 1999).

### 3. Tekorten van codes: tuchtrecht

Tuchtrecht voorziet in dit tekort, luidt het standaardantwoord op het probleem van dergelijke speelruimten. Vertrouwensambten en -beroepen als het notariaat, de advocatuur en de medische stand kennen tuchtrecht, ter bewaking en verbetering van de kwaliteit van specialistische en maatschappelijk wezenlijke dienstverlening. Tuchtrecht is dan ook onder andere uitdrukking van idealen van vertrouwensambten en -beroepen. Mede daarom kan tuchtrecht meer eisen dan civiel en strafrecht. Zo kunnen fouten ook zonder ernstige gevolgen tuchtrechtelijk sanctioneerbaar zijn. Wie al dan niet door eigen schuld of zelfs opzet niet voldoet aan de eisen, wordt tijdelijk of definitief uit ambt of beroep gesloten.

Dat klinkt ideaal, maar hoe doelmatig is tuchtrecht voor advocaten tegen misbruik van juridische en andere mogelijkheden? Vaak is opgemerkt dat tuchtrecht in de praktijk tegen foute advocaten (en anderen) niet veel uithaalt. Nogal eens klagen cliënten niet omdat zij niet eens weten dat zij door hun advocaten zijn gedupeerd. Zouden zij dat wél weten, dan zouden zij een groot deel van het werk van die advocaten zelf kunnen doen. Ook om andere redenen zijn pakkansen niet al te hoog. Drempels voor klachten zijn nog steeds hoog. Criminele cliënten die met even foute advocaten in afpersing, geldwitwassen en vrouwenhandel onder één hoedje spelen klagen niet. Tuchtrecht ontwikkelt zich steeds verder in de richting van strafrecht, al gaat het eigenlijk niet om sancties. Daarmee samengaan de strafvorderlijke rechtsbescherming voor beklaagde advocaten staat aan doelmatig tuchtrecht in de weg. In dezelfde lijn zijn opgelegde sancties nogal eens onbegrijpelijk licht. Het nadeel van de "straf" tegen de tuchteling weegt voor tuchtrechters dikwijls zwaarder dan bewaking van goede dienstverlening. Definitieve uitsluiting van echte wanprestanten ("schrapping van het tableau") is zeldzaam genoeg om praktisch altijd de krant te halen. "Zal de ene kraai de andere de ogen uitpikken?" Juridische sofistiek is nergens zo goed ontwikkeld als in bescherming van beroepsgenoten in het rechtsbedrijf.<sup>6</sup>

Deze en dergelijke praktische problemen zullen voorlopig niet worden opgelost.<sup>7</sup> Bovendien verwijst tuchtrecht naar beroepsethiek, bijvoorbeeld in belangrijke bepalingen als de artikelen 3 en 46 AW: wat in gemoede niet kan worden geloofd rechtvaardig te zijn en wat een behoorlijk advocaat betaamt kan niet worden uitgelegd zonder verwijzing naar normen en waarden van het vak en van het rechtsbedrijf in het algemeen. Zelfs de toch tamelijk gedetailleerde Gedragsregels geven niet in alle gevallen duidelijke antwoorden. Géén van de hier behandelde casus kan worden opgelost met een beroep op geldende tuchtrechtsregels. Bijvoorbeeld: waarschuwt een behoorlijk advocaat voor overschrijding van termijnen of dat hij dat in het belang van de eigen cliënt juist niet? Kan processuele gebruikmaking van geldgebrek bij wederpartijen in gemoede worden geloofd rechtvaardig te zijn? Niet alles kan uitdrukkelijk worden geregeld. Dat geldt voor tuchtrecht net zo goed als voor recht in het algemeen. Codes zijn niet genoeg. Sterker nog, er zijn geen codes zonder idealen.

#### *4. Zonder ethiek geen tuchtrecht?*

Zonder beroepsethiek is er geen tuchtrecht. Tuchtrecht moet een beroep doen op professionele idealen, juist omdat tuchtrecht dient ter bescherming van het maatschappelijk belang van vertrouwensambten en -beroepen. Gewoonlijk wordt de verhouding van ethiek en tuchtrecht uitgelegd als volgt. Uitgangspunt is een algemene ethiek, die wordt toegepast op juridische instituties en professionele rollen. Daaruit volgt beroepsethiek, die kan dienen om tuchtrecht nader vorm te geven. Zo kan tuchtrecht en sanctionering er van dienen om beroepsethiek te verwerklijken.

Tenminste, op papier, want de problemen beginnen al wanneer de vraag rijst wat die algemene ethiek of (hier synoniem) moraal eigenlijk inhoudt. De juridische, menselijke en politieke praktijk laat een veelheid van uiteenlopende en veranderlijke opvattingen zien. Pogingen om die kritisch te ordenen hebben geleid tot een veelheid van uiteenlopende en tenminste ten dele onverenigbare opvattingen, uiteenlopend van utilismen en andere ethiek in termen van doelen tot min of meer inhoudsloze maar daarom niet minder strenge kantiaanse categorische imperatieven en hedendaagse deugdenleren. Voor de academie zijn die opvattingen zonder twijfel belangwekkend, voor het professionele (en gewone) leven minder.

Problematisch is niet alleen het gebrek aan algemene geldigheid van duidelijke ethische uitgangspunten. Ook hun toepassing op juridische instituties is te onduidelijk. Wat betekent bijvoorbeeld utilisme, of de categorische imperatief, voor het vraagstuk van de fatale termijn? Bovendien: hoe groot is de kans dat advocaten en andere professionals in dergelijke theoretisch-ethische termen gaan denken, ook als het ergens op aankomt?

Sterker nog: kantiaanse en utilistische opvattingen van normatieve ethiek zijn eigenlijk ontkenningen van beroepsethiek. Hun algemene normatieve pretentie houdt immers mede in dat in alle omstandigheden kantiaans dan wel utilistisch moet worden gehandeld. Staat naar kantiaanse dan wel utilistische maatstaven een ethisch belang op het spel, dan spelen andere dan ethische

normen en waarden niet langer een overwegende rol. Dan zijn juridische 'normen' en 'waarden' eigenlijk niet meer dan feitelijke gegevens die de toepassing van ethische normen mede uitmaken. Eigenlijk komt dat neer op 'ethische instrumentalisering' van het recht en de rechtspraktijk. Bijvoorbeeld: een utilistisch advocaat (voor zover een dergelijke figuur al enige werkelijkheidswaarde heeft) denkt niet primair in termen van juridische, materiële en procedurele rechten, belangen en mogelijkheden, maar in termen van optimalisering van nut en welzijn voor alle betrokkenen.

Een dergelijke verschuiving van gezichtspunten, voor zover al uitvoerbaar, leidt tot vervreemding van de rechtspraktijk. Die heeft immers een eigen normatieve pretentie, hoe onvolmaakt positief recht zelfs in beschaafde rechtsorden in veel opzichten ook kan zijn. Nogal wat academische benaderingen van beroepsethiek lijden aan deze euvelen. Voor zo ver zij al normatieve pretenties hebben zijn zij 'extern' ten opzichte van de eigen normativiteit van recht en rechtsbedrijf. Wat daarvan ook zij, in ieder geval geldt voor juridische professionals dat zij zich hun beroepsmatig doen en laten niet primair kunnen voorstellen in dergelijke externe termen.

Abstracties van ethisch denken helpen tuchtrecht en beroepspraktijk niet verder. Dergelijke ethiek blijft te zeer steriele code, steeds opnieuw uitgewerkt op geduldig papier dat hoe intellectueel indrukwekkend ook in de praktijk op zijn best ter zijde wordt gelegd. De praktische invloed er van blijft vrijwel nihil. Als wel vaker geldt ook hier voor ethici de waarheid uit een oud Amerikaans volksliedje: "All dem dat's talkin bout heb'n ain't goin dere."<sup>8</sup> Advocaten - als ze al luisteren naar ethici - evenmin.

Bij deze sceptische beschouwingen tegen de zin van externe (beroeps)ethische benaderingen van advocatuur, tuchtrecht en rechtsbedrijf in het algemeen moet niet worden vergeten dat er geen goede rechtspraktijk kan zijn zonder oor voor morele of gewoon menselijke kritiek van buiten dat rechtsbedrijf. De vraag is alleen hoe die moet worden vormgegeven, nu de praktijk leert dat gebruikelijke benaderingen 'van buiten' niet altijd goed werken. Hoe dan ook moet de dialoog tussen academische ethiek en rechtspraktijk worden bevorderd.

## 5. Terug naar de feiten: wat is eigenlijk een advocaat?

Tot nu toe bleef hier het eigenlijk onderwerp enigszins buiten schot: wat is dat eigenlijk, de advocatuur? Zonder duidelijkheid daarover hebben ethische en andere reflecties op die advocatuur niet zo veel zin. Zowel in academische beroepsethiek als in de rechtspraktijk is de eigen aard van het vak zelf een onderbelicht onderwerp. Alleen al dat gegeven stelt met betrekking tot het beroepsethisch gehalte van de rechtspraktijk niet zonder meer gerust. Geboden is dan ook eerst "vaststelling van de feiten van het geval" om dan te zien welke normatieve vragen overblijven.

Advocaten (van *ad vocatus*, de er bij geroepene) zijn rechtshelpers voor gewone mensen (en andere lichamen, bijvoorbeeld bedrijven en overheden), die zonder deskundige raad en bijstand hun recht niet kunnen halen. Gelijk hebben

is iets anders dan gelijk krijgen en dat geldt in de rechtspleging eens te meer. Recht is immers dermate ingewikkeld dat gewone mensen het niet kunnen begrijpen, laat staan doelmatig gebruiken. Advocaten zijn dus wezenlijke deelnemers aan de rechtspleging. Zonder advocaten zou er nogal wat minder rechtsverwerking zijn. Landsadvocaat Van Stipriaan Luiscius schreef dan ook (in 1930): "Het recht te doen zegevieren is het vak van den advocaat."

Het aardige van deze feitelijke benadering is dat het wezen van de advocatuur ("wat advocatuur is") leidt tot het antwoord op de vraag "waar de advocatuur goed voor is" en daarmee tot beroepsethiek. Het lijkt een ongeoorloofde sprong van *is* naar *ought*, totdat duidelijk wordt dat 'advocaat' een normatief of tenminste ideaaltypisch begrip is, in normatief-juridisch verband (zie ook Kole, 2007). De moraal van de advocatuur komt niet van buiten, de moraal van het beroep is het beroep zelf. Het gaat niet in de eerste plaats om codes, het gaat om professioneel karakter, vanuit rolbewustzijn geleid door inzicht in de eigen plaats en taak in de rechtsbedeling. Toegegeven: een zekere morele waarde van een beschaafde rechtsorde waarin advocaten dergelijke rollen spelen wordt hier voorondersteld.

Dit beter begrip van advocatuur is ook casuïstisch zinvoller dan beroep op ethiek of moraal. De oplossing van bijvoorbeeld de casus van de fatale termijn is nu duidelijk: opbellen. De advocaat werkt immers mee aan rechtsverwerking en dat is iets anders dan behartiging van cliëntenbelangen ten koste van rechten van anderen. Ook de andere casus zijn nu duidelijk. Weer is volledige inductie naar alle gevallen niet mogelijk en natuurlijk zullen er ook mét goed begrip van het wezen van advocatuur praktische dilemma's overblijven.

## 6. *Twijfels aan het ideale (zelf)beeld*

Niet meer dan enkele principiële en praktische twijfels en bezwaren tegen een advocatuur als rechtsverwerking kunnen hier aan de orde komen. Voor de hand ligt het bezwaar dat advocatuur ten dienste van rechtsverwerking in de strafrechtspleging niet thuis hoort. Onduidelijk is immers wat strafrechtelijke rechtsverwerking eigenlijk is, of zou moeten zijn. Is straf echt ergens goed voor, of zijn de menselijke, maatschappelijke en geldelijke kosten van in ieder geval het gevangenisregime groter dan enige opbrengst? Generale en speciale preventie zijn immers twijfelachtig en vergelding van misdaad door toevoeging van (nog meer) leed is principieel omstreden. Theorieën die beide uitgangspunten trachten te verenigen doen het niet beter.<sup>9</sup> Deze delegitimatie van strafrechtspleging, gegeven de tekorten van gangbare straftheorieën, kan voor strafadvocaten betekenen dat zij alles mogen en moeten doen om hun cliënten zinloos strafleed te besparen. Onbeperkte belangenbehartiging wordt ook wel gelegitimeerd met een beroep op ongelijke machtsverhoudingen tussen verdachten en het Openbaar Ministerie. Anderzijds zijn de gevolgen van dergelijke belangenbehartiging niet altijd aanvaardbaar voor slachtoffers van delicten (zie Kaptein, 2006, pp. 97-108).

Afgezien van dergelijke strafrechtelijke problemen wordt wel gesteld dat rechtspraak en rechtspleging in de eerste plaats moeten zijn gericht op

conflictbeslechting. Dan ligt de nadruk niet op rechtsverwerkelijking, maar op eerlijke of tenminste als eerlijk ervaren procedures. Materieel recht verdwijnt naar de achtergrond, ook omdat het te onzeker zou zijn om *in casu* duidelijke en onomstreden uitkomsten te bieden.<sup>10</sup>

In de lijn daarvan wordt zelfs gesteld dat rechterlijke vaststelling van feiten uiteindelijk een kwestie is van *fair play*, in verdeling van bewijslasten en relatieve waardering van aangeboden bewijs. Dan doet de historische werkelijkheid - wat die verder ook zij - in rechtspraak niet meer ter zake. Ook hier geldt natuurlijk dat de regels van bewijsrecht geen *perfect procedural justice* opleveren. Dus kunnen keurig volgens de regels van de kunst rechterlijke uitspraken in strijd met de feiten van het geval worden gedaan. Daarmee verdwijnen twee klassieke pijlers van rechterlijke motivering en dus van de rechterlijke uitspraak: de feiten van het geval en het recht, leidend tot verwerkelijking van materiële rechten voor wie dat verdient.

Hoe "netjes" ook geregeld in termen van regels en regeltjes van procesrecht, in dergelijke rechtsstrijd wordt strijd de enige waarheid. Juridische, retorische en andere machten zijn dan belangrijker dan recht. Rechtspraak hoort geen gezelschapsspel voor juristen te zijn, waarin de rechthebbende buiten spel blijft.<sup>11</sup>

Ontkenningen van materieel én procedureel recht en rechtvaardigheid als te vinden in extreme vormen van *legal realism* en *Critical Legal Studies* gaan nog verder. In dergelijke opvattingen verdwijnt elk enkel juridisch ambt of beroep in kaleidoscopie of eigenlijk chaos van oneindig heterogene factoren. Geen enkele beroepsethiek kan daarin zelfs maar op papier uitkomst bieden, voor zover zulke sceptische opvattingen van recht al verenigbaar zijn met enig idee van ethiek. In een dergelijke "nieuwe natuurtoestand" is advocatuur niets anders dan *window dressing* in de commerciële of zelfs criminele strijd om eigen belangen.

In de lijn daarvan is in de praktijk nogal eens te horen: wie als advocaat het recht wil doen zegevieren is geen rechtshelper maar een Don Quichote. Hij doet dat immers moederziel alleen, in een commerciële wereld waarin op zijn best het belang van de eigen klant op het spel staat. Heilige boontjes kunnen hun toga's beter dadelijk in de wilgen hangen, zo heet het. Maar wat anderen feitelijk doen kan de kwaliteit van eigen handelen niet zonder meer bepalen. Hooguit kan worden gesteld dat het ideaal van rechtsverwerkelijking niet werkt in een omgeving die gericht is op andere doelen. Toch is dat de vraag. Terug naar bijvoorbeeld de casus van de termijnen (§ 2): in elke omgeving is waarschuwen beter dan zwijgen.

Bij al deze principiële overwegingen mag niet worden vergeten dat de praktijk van de advocatuur net als zo veel andere professies voor een belangrijk deel neerkomt op schipperen tussen idealisme en instrumentalisme, tussen principieel rolbewustzijn en pragmatische oplossing van praktische problemen. Zolang maar wordt ingezien dat die twee sferen bepaald niet haaks op elkaar staan. Zonder idealen zijn er geen praktische problemen, tenminste, geen problemen waarin menselijke rechten en rechtmatige belangen op het spel staan.<sup>12</sup>



## 7. Agenda: werkzame idealen (de advocaat is niet alleen)

Wat kan dit betoog betekenen voor de werkelijkheid van de advocatuur en de rechtsbedeling? Blijft ook dit verhaal in de sfeer van Hitchcock opmerking over academische publicaties: *big words, small print, no sales*, in academische kringen ver weg van de rechtspraktijk? Of is er toch enig zicht op werking? Om te beginnen is te hopen dat advocaten kennis nemen van deze en dergelijke overwegingen en er ook iets mee doen. Dit pleidooi voor rolbewustzijn is meer dan meta-ethiek. Het is een welbewuste poging om een einde te maken aan "beroepsexterne" ethiek en haar even indrukwekkende als weinig praktische gedachteconstructies. Het gaat om inzicht in aard, zin en doel van de advocatuur, "van binnenuit". Daaruit kunnen normatieve én werkzame conclusies voor de praktijk wél volgen.

Die conclusies zijn idealistisch of tenminste aspiratief. Toch is er geen uitdagende beroepspraktijk zonder streving naar idealen. Objectieve én subjectieve zingeving in beroepsuitoefening moet ook voor advocaten zijn gegeven met inzicht in zin en doel van het vak in het grotere geheel van de rechtspleging als wezenlijk onderdeel van een menswaardige samenleving. Dan horen advocaten er weer bij, terwijl zij nu nogal eens niet helemaal ten onrechte als maatschappelijke randverschijnselen of zelfs als morele (en soms echte) misdadigers worden gezien. Het moet niet alleen om commercie gaan, maar ook om wezenlijke cohesie (zie Kaptein, 1994/5). Die cohesie vooronderstelt rolbewustzijn, professioneel karakter en beroepseer. Dan is er ook minder beroepszeer.<sup>13</sup>

Vertaling daarvan naar de beroepspraktijk is zaak van elke individuele advocaat én van de Orde van Advocaten. Goede grondhoudingen laten zich niet afdwingen, anderzijds moet de Orde (of uiteindelijk zelfs de wetgever) het tuchtrecht eindelijk op orde stellen. Ook in dat tuchtrecht moet principieel rolbewustzijn weerklinken en doelmatig worden afgedwongen.

Intussen moet ook duidelijk zijn dat niet alle misstanden in de rechtsbedeling te wijten zijn aan de advocatuur. Een greep uit een grote agenda: het schandaal van de kosten van rechtsbijstand voor minderbedeelden moet eindelijk worden aangepakt. De burgerlijke en andere rechtsvordering moet veel voortvarender worden vereenvoudigd. Rechtspleging is nog steeds een te ingewikkeld rollenspel voor juristen, waarin de knikkers van de eigenlijke rechtzoekenden er kennelijk minder toe doen. En er is natuurlijk hoe dan ook veel te veel recht, en dus ook werkgelegenheid voor meer en minder goede advocaten. De negatieve dialectiek van juridische oplossingen voor veronderstelde tekorten die op hun beurt weer nieuwe en vaak grotere problemen scheppen, al was het maar doordat aanbod van juridische mogelijkheden zijn eigen vraag schept, moet worden doorbroken.

Overigens zijn deze bevindingen niet alleen voor advocaten (en beroepsethici) van waarde. Identieke of tenminste analoge overwegingen zijn ook van toepassing op andere juridische ambten en beroepen. Officieren van justitie, rechters en zo veel andere juristen zouden hun werk beter doen als zij zich vaker afvroegen waartoe hun eigen bijdragen aan de rechtspleging eigenlijk dienen. Maar voor nu genoeg gemoraliseerd. Ook hier geldt: *Non scripta sed nata lex*.<sup>14</sup>

## Literatuur

Bordewijk, F. (1956). *Geachte Confrère: splendeurs en misères van het bedrijf van advocaat*. Amsterdam: Scheltema & Holkema N.V. (ook in Bordewijk (1988). *Verzameld Werk*. Amsterdam.)

Brink, G. van den, Jansen, T. & Pessers, D. (Eds.) (2005). *Beroepszeer: Waarom Nederland niet goed werkt*. Den Haag: Boom.

Brundage, J.A. (2008). *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians, and Courts*. Chicago: University of Chicago Press.

Burg, W. van den (2007). Juridische professies en de instrumentalisering van het recht. In Kole, J. & De Ruyter, D. (Eds.) (2007). *Werkzame Idealen: Ethische reflecties op professionaliteit*. Assen: Van Gorcum.

Gobert, J. & Punch, M. (2003) *Rethinking Corporate Crime*. Londen: Butterworths.

Hampshire, S. (2000). *Justice is Conflict*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Huls, N. (2006). De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser! *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 35/1, 3-7.

Kaptein, H.J.R. (1994/5). 'De wet? Het zal wel, denk ik dan.' Over recht als werktuig of burgerlijk geweten. *Wijsgerig perspectief op maatschappij & wetenschap*, 35/4, 114-119.

- (2004). Against the Pain of Punishment: On Penal Servitude and Procedural Justice for All. In Kaptein, H.J.R. & Malsch, M. (Eds.) (2004). *Crime, Victims and Justice: Essays on Principles and Practice* (pp. 80-111). Aldershot: Ashgate Publ. Co.

- (2006). *Kwade Zaken? De Moraal van het Juridisch Beroep*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

- (2006a). Een wanordelijk rapport. *Nederlands Juristenblad*, 81/25, 1366.

- (2009). Rigid Anarchic Principles of Proof: Anomist Panaceas Against Legal Pathologies of Proceduralism. In Kaptein, H.J.R., Prakken, H. & Verheij, B. (Eds.) (2009). *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic* (pp. 195-222). Aldershot: Ashgate Publ. Co.

Kole, J. (2007). Werkzaam idealisme voor professionals. In Kole, J. & De Ruyter, D. (Eds.) (2007). *Werkzame Idealen: Ethische reflecties op professionaliteit*. Assen: Van Gorcum.

Punch, M. (1996). *Dirty Business - Exploring Corporate Misconduct: Analysis and Cases*. Londen, Thousand Oaks & New Delhi: Sage.

Rawls, J. ([1971,] 1999). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.

Stipriaan Luiscius, J.M. van (1930). *De Advocaat*. 's-Gravenhage.

- 
- <sup>1</sup> Eerst boete doen om te kunnen eindigen als rechter: aldus Tarrou in Camus' *La Peste*.
- <sup>2</sup> Fatale termijnen: spannen tijds waarbinnen partijen en andere betrokkenen in procedures iets moeten doen, willen zij hun rechten niet verspelen.
- <sup>33</sup> Die Gedragsregels en aanverwante regelingen zijn door de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA) vastgestelde nadere invullingen van de Advocatenwet. Zij hebben geen rechtskracht.
- <sup>4</sup> Zie voor verwante en nog steeds actuele casuïstiek Bordewijk, 1956.
- <sup>5</sup> Zie over wangedrag van advocaten en andere juristen in het bedrijfsleven Punch, 1996 en Gobert & Punch, 2003.
- <sup>6</sup> Zie over tekorten van tuchtrecht voor advocaten Kaptein, 2006, pp. 161-185.
- <sup>7</sup> De nu voorgenomen hervormingen op grond van het rapport-Van Wijmen stellen in ieder geval niets voor, zie daarover Kaptein, 2006a.
- <sup>8</sup> Niet iedereen die over de hemel praat, gaat er ook naar toe.
- <sup>9</sup> Zie tegen straf als leedtoevoeging uitgebreid Kaptein, 2004, met pleidooi voor vergelding in de vorm van eigenhandige schadevergoeding.
- <sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld Huls, 2006, met verwijzing naar Luhmann en meer in het algemeen Hampshire, 2000.
- <sup>11</sup> Zie tegen proceduralismen in rechterlijke feitenvaststelling Kaptein, 2009 en over de al eeuwenlang onstuitbare opkomst er van Brundage, 2008.
- <sup>12</sup> Zie over verschillende typen idealen en hun praktische uitwerkingen in de juridische professie ook Van den Burg, 2007.
- <sup>13</sup> Zie daarover Van den Brink, Jansen & Pessers (Eds.), 2005.
- <sup>14</sup> Vrij vertaald: het heeft niet zo veel zin om wet en recht voor te schrijven, ze moeten in de mens zelf zijn gegeven.